



Tilburg University

De betekenis van het Nieuw BW in de Nederlandse rechtsstaat

Hirsch Ballin, Ernst

Published in:
Nederlands Juristenblad

Publication date:
2018

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Hirsch Ballin, E. (2018). De betekenis van het Nieuw BW in de Nederlandse rechtsstaat. *Nederlands Juristenblad*, 2018(25), 1779-1782. [1238].

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

De betekenis van het Nieuw BW in de Nederlandse rechtsstaat

Ernst Hirsch Ballin, datum 26-06-2018

Datum

26-06-2018

Auteur

Ernst Hirsch Ballin^[1]

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

Vakgebied(en)

Rechtswetenschap / Algemeen

De hercodificatie van het burgerlijk recht was geen partijpolitiekomstreden project. Toch was het evenmin een technisch project. Anders dan bij de codificatie van 1838 zijn over het Nieuw BW – om te beginnen met Meijers' vraagpunten – deskundigen en belanghebbenden gehoord en konden, als de onderwerpen zich daartoe leenden, maatschappelijke organisaties zich uitspreken. Met de hercodificatie van 1992 is de geest uit de fles: het nieuw Burgerlijk Wetboek is 'gewoon' een bijzonder deel van de wetgeving waarmee de Nederlandse samenleving democratisch zichzelf bestuurt. Het Burgerlijk Wetboek is geen neutrale techniek die in om het even welke samenleving past, maar werkt algemeen aanvaarde juridische beginselen en normen uit op een manier die aan de sociaal-economische behoeften van de tijd recht doet.

Hoewel in mijn ogen privaatrecht en vooral ook internationaal privaatrecht altijd prachtige vakgebieden waren, ben ik geen civilist. Mijn arbeidsverleden lag bij de Stafafdeling wetgeving publiekrecht van het Ministerie van Justitie, in de bestuursrechtspraak en op een Tilburgse leerstoel staats- en bestuursrecht. Maar toen ik eind 1989 als net aangetreden Minister van Justitie het eerste werkoverleg had met de raadgever van de stafafdeling Nieuw BW, werd meteen wel duidelijk gemaakt dat de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek nog steeds geen gelopen race was. Er was al sinds 1947, toen E.M. Meijers de opdracht daartoe ontving, aan de hercodificatie van het burgerlijk recht gewerkt en grote delen van het nieuwe wetboek lagen klaar om ingevoerd te worden, met het daarbij behorende overgangsrecht erbij. Toch waren de tegenstemmen niet verstomd en werd voor uitstel gepleit, met als argument dat de praktijk de invoering voorlopig niet aankon, of zelfs voor afstel, met als argument dat het Burgerlijk Wetboek van 1838 net als zijn Franse oermodel nog steeds voldeed en een legislatieve omwenteling meer nadelen dan voordelen meebracht.

De vraag of de eerder in het oog gevatte invoeringsdatum 1 januari 1992 zou worden gehandhaafd kwam in alle scherppte aan de orde met de indiening van het wetsvoorstel voor de dertiende invoeringswet van de Boeken 3, 5 en 6, die correcties en aanpassingen inhield van de twaalfde invoeringswet (wetsvoorstel 21418). Het advies van de Raad van State over dit wetsvoorstel werd twee dagen na het aantreden van het nieuwe kabinet uitgebracht. Er was een afzonderlijk advies van een van de leden van de Raad, mr. H.C.G.L. (Minus) Polak, aan toegevoegd, waarin langdurig uitstel werd bepleit; dit standpunt werd gedeeld door enkele hoogleraren, maar zij waren uitzonderingen. Wel besepte ik dat als de invoering ondanks alle voorbereidingen toch tot grote problemen zou leiden, de Minister van Justitie daarvoor staatsrechtelijk verantwoordelijkheid op zich nam door het wetsvoorstel in te dienen – hetgeen bij koninklijke boodschap op 14 december 1989 geschiedde. In de parlementaire behandeling klonken de bedenkingen vrij stevig door. De Vaste commissie voor Justitie vatte ze in het eindverslag nog eens zo samen:

'Met belangstelling nam de commissie kennis van het antwoord van de minister op haar vragen welke concrete maatregelen de minister zal treffen ter ondervanging van de verhoging van de werkbelasting die invoering van het nieuw BW voor de rechterlijke macht met zich mee zal brengen;

- â•f welke bereidheid de minister heeft om ook reeds vóór 1992 te komen tot uitbreiding van de rechterlijke macht;
- â•f welke budgettaire ruimte voor een en ander wordt ingeruimd op de lopende begroting, in de meerjaarramingen en op de volgende begrotingen.'

^[2]

De afloop van deze discussie was dat – op basis van een onderzoek naar de extra werklust onder leiding van mr. Willem van Schendel, toen vicepresident van het Amsterdamse gerechtshof, nu van de Hoge Raad – de rechterlijke macht extra werd versterkt en de laatste bijscholingen werden geïntensiveerd.

Het was dus wel een beslissing, om zonder verder uitstel door te gaan. Uit de benamingen van het wetsvoorstel – dertiende deel van de invoeringswet met wijzigingen van het twaalfde – blijkt al dat de hercodificatie van het burgerlijke recht inderdaad een gigaklus was, die zich op dat moment, gerekend vanaf het begin van Meijers' werkzaamheden in 1947, al over meer dan veertig jaren had uitgestrekt. Ook nu, inmiddels zeventig jaar na het begin van de hercodificatie, is het werk

nog niet geheel voltooid. Boek 7A bevat delen van het oude BW die nog niet vervangen zijn; daarnaast is ook een deel van het Wetboek van Koophandel nog steeds van kracht. Boek 9, gereserveerd voor het recht van de intellectuele eigendom, is nog een witte vlek.

Maar de kern van het nieuw BW, de algemene delen van het vermogensrecht, is met ingang van 1992 in werking getreden en dat is op zichzelf al een reden om de totstandkoming van het nieuw Burgerlijk Wetboek te zien als een resultaat, een manifestatie van onze democratische rechtsstaat: een blijk van politieke wil om de grondslagen daarvan vast te stellen. Rechtsstaat wordt nogal eens – onder andere in de EU-verdragen – vertaald met ‘rule of law’, maar omvat meer kenmerken. De Adviesraad voor Internationale Vraagstukken is daar in een nog recente omschrijving op ingegaan: ‘Het begrip “rule of law” heeft namelijk een beperktere betekenis en richt zich vooral op aspecten van legaliteit (bijvoorbeeld binding van overheidsorganen aan de wet, rechtszekerheid, gelijkheid voor de wet, tegengaan van willekeur) en een zekere mate van rechtsbescherming en toegang tot de rechter. Het Nederlandse begrip “rechtsstaat” is ruimer, en omvat daarnaast ook noties als die van machtscheiding, respect voor mensenrechten (zowel de burger- en politieke rechten als de sociale en economische grondrechten) en rechten voor minderheden (zowel in de zin dat rekening met hun belangen wordt gehouden bij besluitvorming als dat hun eigen, specifieke rechten worden beschermd).’ [\[3\]](#)

Ons begrip van de rechtsstaat is zeker niet tijdloos: het heeft zich ontwikkeld met het constitutionele en maatschappelijke bestel als geheel. Het staatsbestel van de 19de eeuw kon worden gezien als een rechtsstaat in formele zin; de rechtsstaat miste voornamelijk de materiële kenmerken van een rechtvaardige rechtsorde. Het Burgerlijk Wetboek van 1838 ordende het maatschappelijk en economisch verkeer, maar er was nog geen sprake van zelfordening door de burgers: het overgrote deel van hen had immers tot 1917 geen stem in het kapittel. Dat tot de te beschermen grondrechten ook sociale rechten moeten worden gerekend, is in Nederland pas sinds enkele decennia gemeengoed geworden (hoewel al in 1941 de Amerikaanse president Franklin D. Roosevelt dit onderkende). De ordening van het oude BW was – zoals het hele politiek-juridische bestel van de 19de eeuw – toegeschreven op de toenmalige gevestigde of ondernemende bezittende klasse. Anderen – economisch afhankelijke mannen en alle vrouwen – waren in het staatsbestel van die tijd onderdanen, maar niet kiesgerechtigd. De rechtsorde van het oude Burgerlijk Wetboek bevestigde wat er was. Ze werd gedomineerd door een begrip van rechtvaardigheid als ‘ruilrechtvaardigheid’; vergeldende en verdelende rechtvaardigheid waren onderwerpen van publiekrecht, dat als uitzonderingsrecht ten opzichte van het burgerlijk recht werd gezien. BW-bepalingen van dwingend recht die de dynamiek van de samenleving ordenen en bijsturen, waren van later datum: bijvoorbeeld de regeling van de huurovereenkomst, die van de arbeidsovereenkomst, en die van de geneeskundige behandelingsovereenkomst.

Publiekrechtelijke ingrepen zijn de uitzonderingen op dit stelsel. Een van de oudste is de onteigening van terreinen en gebouwen, in de 19de eeuw onmisbaar voor de aanleg van water- en spoorwegen. Onteigening was en is grondwettelijk aan strikte voorwaarden gebonden, waarop de *burgerlijke* rechter toeziet; de onteigeningswet van – nog steeds – 1851 regelt dit. Andere beperkingen van eigendom en contractsvrijheid door publiekrechtelijke regelingen werden gezien als afwijkingen van de gewone situatie, en juridisch als uitzonderingsrecht. Tot het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in 1985 met het *Bentham*-arrest (ECLI:NL:XX:1985:AC9055) daaraan een eind maakte, werd in Nederland op dogmatische gronden volgehouden dat het bestuursrecht thuishoorde in een separate kolom van rechtspleging met – zij het in een afnemend aantal situaties – als hoogste instantie niet een rechter, maar de Kroon; een enkeling huldigt nog steeds deze opvatting van een duale rechtsorde. Anders gezegd: terwijl voor het burgerlijk recht in het oude BW nog rechtsstatelijke lijnen werden doorgetrokken die dateerden van vóór de democratisering, was het publiekrecht het product van democratisch gelegitimeerde besluitvorming, politiek ingebed, maar met een achterlopende aanvaarding van rechtsstatelijke eisen. Sinds 1994 is er weliswaar over de hele linie onafhankelijke bestuursrechtspraak, maar met een door de rechter aan zichzelf opgelegde ‘terughoudendheid’. De taakopvatting van de bestuursrechter bleef daardoor tot voor kort en soms ook nu nog achter ten opzichte van de rechtsstatelijke eis van ‘full jurisdiction’. [\[4\]](#)

Ik vat dit samen in de tussenconclusie dat de tot een kwart eeuw geleden dominante denkmodellen het burgerlijk recht opvatten op een manier die hard toe was aan een democratische ‘herijking’, terwijl het administratieve recht werd gezien als het in opmars zijnde, politiek bepaalde nieuwe domein, waarvan de rechtsstatelijke inbedding echter nog onvolkomen was. Voor beide voltrok zich begin jaren negentig in rap tempo een verandering. Men kan deze verandering in de wetgeving aanwijzen, zoals Scheltema en Scheltema hebben gedaan in hun boek *Gemeenschappelijk recht – Over de wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*.[\[5\]](#) Artikel 3:14 van het Burgerlijk Wetboek haalt de publiekrechtelijke normering binnen door te bepalen dat civielrechtelijke bevoegdheid niet mag worden uitgeoefend ‘in strijd met geschreven of ongeschreven regels van bestuursrecht.’ Artikel 3:15 breidt het toepassingsbereik via een schakelbepaling uit buiten het vermogensrecht, wat ook publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen kan omvatten. Dit zijn bepalingen van materieel recht. Het verbod van misbruik van bevoegdheid geldt ook indien misbruik van bestuursrechtelijke bevoegdheden wordt gemaakt (Hof Arnhem-Leeuwarden 3 november 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:8257, r.o. 5.6). Artikel 3:15c doet iets dergelijks voor het elektronisch rechtsverkeer. Dit bepaalt: ‘Buiten het vermogensrecht vinden de bepalingen van deze afdeling overeenkomstige toepassing voor zover de aard van de rechtshandeling of van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet’. Deze bepaling beoogt de regeling inzake de elektronische handtekening ook buiten het vermogensrecht van toepassing te verklaren. Op grond van artikel 25 en 26 EIDAS-verordening hebben de in die bepalingen genoemde elektronische

handtekeningen, kort gezegd, dezelfde rechtsgevolgen als gewone handtekeningen. Van haar kant is de Algemene wet bestuursrecht echt algemeen. Hoofdstuk 2 ('Verkeer tussen bestuursorganen en burgers') bevat geen beperking tot besluiten. Bovendien bepaalt artikel 3:1, tweede lid dat de afdelingen 3.2 en 3.4 van overeenkomstige toepassing zijn op andere handelingen van bestuursorganen, voor zover de aard van die handelingen zich daartegen niet verzet. Naar de huidige stand van de rechtsontwikkeling kunnen we dus zonder voorbehoud zeggen dat de rechtsstaat berust op de Nederlandse rechtsorde als geheel. Het formele recht creëert verschillende rechtsgangen – het burgerlijk procesrecht in relatie tot het gestelde belang, het bestuursprocesrecht in relatie tot het bestreden besluit, maar de normering van de vast te stellen rechtsbetrekking valt niet in gescheiden domeinen uiteen. Een hybride rechtsgebied als het sociale verzekeringsrecht is daarvan ook het – in een democratische en sociale rechtsstaat noodzakelijke – resultaat.

De hercodificatie van het burgerlijk recht was geen partijpolitiek omstreden project. Toch was het evenmin een technisch project. Zeker, het Kamerdebat speelde zich gewoonlijk af tussen kamerleden-juristen, ondersteund door een gespecialiseerde bijzondere griffier, en de Minister van Justitie bijgestaan door de regeringscommissaris. Iets dergelijks geldt voor de Algemene wet bestuursrecht. Desalniettemin zou men de crux van deze beide codificatieprojecten missen, als men ze niet zag in relatie tot de constitutie van de rechtsstaat Nederland. Democratische besluitvorming over de in artikel 107 Gw voorgeschreven algemene wetboeken en wetten legt deze relatie wel. En, anders dan bij de codificatie van 1838, staat het besluitvormingsproces open voor vertegenwoordigers van alle burgers. Over het Nieuw BW zijn – om te beginnen met Meijers' vraagpunten – deskundigen en belanghebbenden gehoord en konden, als de onderwerpen zich daartoe leenden, maatschappelijke organisaties zich uitspreken. De sociaal-economische turbulenties van de tijd waren al met al geen beletsel, maar een stimulans voor het wetgevingsproces. De democratische openheid van de huidige burgerlijke wetgeving zal zich verder doen gelden; maar ook deze conflictstof is deels voorzienbaar. Er zal rekening moeten worden gehouden met data-informatie en -manipulatie, een groei, naar grotere rechtseenheid over grenzen heen (in concurrentie met het common law) en een voortgezette vermaatschappelijking.

Met de hercodificatie van 1992 is de geest uit de fles: het nieuw Burgerlijk Wetboek is 'gewoon' een bijzonder deel van de wetgeving waarmee de Nederlandse samenleving democratisch zichzelf bestuurt. Het Burgerlijk Wetboek is geen neutrale techniek die in om het even welke samenleving past, maar werkt algemeen aanvaarde juridische beginselen en normen uit op een manier die aan de sociaaleconomische behoeften van de tijd recht doet. En dus is de aanwezigheid van het op wederkerigheid afgestemde privaatrecht geen argument tegen een beschermende publiekrechtelijke ordening, maar haar ondergrond. Met voorschriften zoals dat tegen misbruik van bevoegdheden en voor erkenning van elektronische handtekeningen legt het een algemene basis voor verankering van vertrouwen, zoals dat in een rechtsstaat bij voortduring wordt nagestreefd.

Voetnoten

[1]

Prof. mr. E.M.H. Hirsch Ballin is universiteitshoogleraar aan Tilburg University en hoogleraar Rechten van de Mens aan de Universiteit van Amsterdam.

[2]

[*Kamerstukken II 1989/90, 21418, 9.*](#)

[3]

Adviesraad Internationale Vraagstukken, *De wil van het volk? Erosie van de democratische rechtsstaat in Europa*, Publicatie nr. 104, juni 2017, p. 16.

[4]

E.M.H.Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak: Over de betekenis van veranderingen in economie, politiek en samenleving voor de bestuursrechtelijke rechtsontwikkeling', in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter*. Preadviezen uitgebracht door E.M.H. Hirsch Ballin, R. Ortlepp en A. Tollenaar, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 7-58 (VAR-reeks; nr. 154).

[5]

M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht: Over de wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, derde druk, Deventer: Kluwer 2013.